

1.2 FALTA DE RECURSOS NÃO PODE DISCRIMINAR DIREITOS COLETIVOS

EDUARDO APPIO

Juiz Federal em Londrina/PR

A formulação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário tem sido um tema recorrente na jurisprudência brasileira dos últimos dois anos. À pergunta se os juízes poderiam substituir o administrador público no papel de gestor dos recursos disponíveis no orçamento do Estado, tem-se respondido que sim, os juízes podem. Mas será que deveriam?

Atualmente, existe um quase-consenso no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Digo quase-consenso sobre assuntos delicados tais como a universalização do acesso a medicamentos especiais e cirurgias de alto custo (como, por exemplo, transplantes) na medida em que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dez dos onze ministros da atual composição da corte, já se manifestaram em favor da prefalada universalização, a partir da idéia de um direito subjetivo público. Nesse caso, os ministros Celso Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau e Carlos Ayres Britto já se manifestaram, em seus respectivos julgamentos, a favor da tese da existência de um direito subjetivo público que existe em favor de qualquer cidadão em face do Estado brasileiro.

Segundo essa tese, praticamente pacífica, exceção feita ao ministro Ricardo Lewandowski, que não teve a oportunidade de julgar o tema no âmbito do Supremo, qualquer cidadão poderia promover uma ação individual – como, por exemplo, o pedido de Mandado de Segurança – visando obter qualquer medicamento especial ou cirurgia não fornecida, gratuitamente, pelo SUS¹. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado brasileiro a sua implementação, nos termos da Constituição.

A idéia que preside essa sólida jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal consiste naquilo que Dworkin (2005, p. 434)² chama de princípio do resgate. Segundo

¹ No nível infraconstitucional no Brasil o SUS (sistema único de saúde) foi regulado pela Lei Federal nº 8.080, de setembro de 1990. O art. 2º, *caput*, desta lei, prevê que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. A universalidade de acesso às ações e políticas do SUS está prevista no art. no art. 7º, I, da mesma lei.

² Segundo Dworkin (2005, p. 434), o princípio do resgate está, historicamente vinculado à obra de René Descartes, no sentido de que este último autor afirmava, em seus escritos, que a saúde a vida humana seriam os bens supremos da sociedade. A segunda vertente, também tão intuitiva quanto a primeira, estaria ancorada na percepção de que em uma sociedade na qual a partilha dos bens materiais é, desde logo, injusta e desproporcional, seria injusto exigir pagamento por parte dos mais pobres em relação aos serviços de saúde.

o princípio do resgate, a saúde e a manutenção da vida humana seriam os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual deveríamos aplicar todos os recursos financeiros possíveis para salvar uma vida, por menores que fossem as chances de sobrevivência e por maiores que fossem os custos envolvidos.

Seguindo uma linha semelhante, a partir da doutrina de proteção dos direitos fundamentais, a partir da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, temos no Brasil a referência obrigatória ao professor Sarlet (2004) que reconhece existir um direito subjetivo público universal em favor do cidadão. Um outro autor importante para essa discussão no Brasil, Krell (2002), sustenta que a proteção a um mínimo social não pode ficar na dependência da aplicação da *reserva do possível*, ou seja, a proteção do direito à saúde não poderia ficar à mercê dos orçamentos públicos.

Desde logo, cumpre-me apontar a existência de dois equívocos. O primeiro consiste em afirmar que, nesses casos, o Poder Judiciário estaria tutelando o direito à saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Em verdade, o que temos é uma discussão acerca do próprio direito à vida, que consiste em um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que a manutenção da vida humana demanda ações e políticas do Estado e também dos particulares, uma vez que é direito inscrito no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A tutela da vida humana dar-se-á por meio de ações na área da segurança pública, da educação, da moradia e, obviamente, da saúde. Dessa maneira, compreende-se que os direitos sociais são instrumentais em relação aos direitos fundamentais individuais previstos no artigo 5º da Constituição. Não se trata de uma questão meramente terminológica, mas sim conduz à tarefa de identificar, de modo claro, a própria natureza jurídica dos direitos envolvidos.

Os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à moradia e à segurança pública, não são direitos individuais, mas sim coletivos. O Estado brasileiro possui um dever objetivo de proteção desses direitos, dever cometido pelo Constituinte de 1988, o qual estabeleceu metas a serem atingidas. Apenas que, ao contrário de constituições sintéticas, a Constituição brasileira de 1988 já delimitou, desde logo, quais serão os instrumentos para atingir essas metas. Não se pode, por conseguinte, falar em normas programáticas (REIS, 2003) quando em verdade nossa Constituição é analítica e define de que maneira os fins do Estado brasileiro serão alcançados³.

³ Sobre a origem histórica do debate acerca da eficácia e natureza jurídica das normas ditas *programáticas* importante notícia nos traz Canotilho (2004) quando recorda que as normas programáticas serviam, originalmente, como mera orientação ao Executivo e nunca tiveram a ambição que se lhes empresta pela doutrina na atualidade.

Estou afirmando, portanto, que o direito social à saúde é um direito coletivo, o qual será atendido por meio de políticas públicas, ou seja, por meio da ação concertada entre os três níveis da federação brasileira – União, Estados e municípios – por meio do SUS. Estou afirmando que o direito à saúde não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico de cada cidadão brasileiro, mas sim é um dever objetivo do Estado o qual deve implementar políticas públicas para o setor, assegurando a todos o acesso universal e igualitário. O dever de proteção da saúde de todos, que grava o Estado brasileiro (artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal), é pressuposto para o exercício do próprio direito a uma vida digna, princípio inscrito no artigo 5º da Constituição Federal.

A interpretação que boa parcela da doutrina e a quase unanimidade no STF faz do direito social à saúde o equipara a um direito de natureza individual, oponível em face do Estado e dos particulares. Com esse sentido, o juiz do caso poderia fazer derivar um direito social não previsto de modo expresso na Constituição Federal de 1988, criando um dever para o Estado ou mesmo para o particular. Essa hipótese se tornou rotina nos tribunais brasileiros, sendo os casos de ações coletivas e individuais que visam promover a saúde pública, como a hipótese de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal que visava garantir o medicamento *viagra* ou a ação coletiva proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do qual se pretendia obter decisão judicial que assegurasse o direito à mudança de sexo.

A Constituição brasileira possui um vasto e extenso rol de direitos e garantias individuais. Não diz, todavia, de que maneira o direito à vida ou à inviolabilidade do sigilo telefônico serão protegidos, cometendo ao legislador ordinário essa função. Já no tocante aos direitos sociais, é a própria Constituição que estabelece: 1- os fins que terão de ser atingidos pelo Poder Executivo; 2- os meios colocados à disposição do Poder Executivo; 3- as fontes de custeio das despesas geradas a partir da implementação das políticas públicas; 4- a sanção e responsabilização do chefe do Poder Executivo em caso de omissão quanto a estes deveres (crimes de responsabilidade).

Ao longo dos últimos anos, o Judiciário brasileiro tem sido concitado pela boa doutrina a adotar uma posição mais marcante em sede de políticas públicas, naquilo que nos Estados Unidos se convencionou chamar na década de 50 como *ativismo judicial*⁴. Autores de nomeada, como Streck (2002), por exemplo, conclamam o Judiciário

⁴ O ativismo judicial nos Estados Unidos surge com grande ênfase a partir de decisões históricas como *Brown versus Board of Education* de 1954, a qual determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Como a decisão, singularmente adotada em 1954 se revelou, posteriormente, insuficiente para pôr fim à resistência de alguns estados norte-americanos (especialmente os do sul) a Suprema Corte passa a adotar medidas administrativas, de cunho satisfativo, que acabam por substituir, por completo, a atividade administrativa dos governadores destes estados e dirigentes escolares. Sobre o tema, ver Ely (1995).

brasileiro e, com especial ênfase, o Supremo Tribunal Federal, a adotar uma posição substancialista ante um constitucionalismo dirigente.

A título de proteger os direitos fundamentais, vários tribunais brasileiros – inclusive o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual tem se destacado em nível nacional sobre esse tema a partir de diversos julgados recentes como, por exemplo, os que determinaram à União, estado e município envolvidos, a proverem, de modo solidário, medicamento especial à portadora de câncer de mama em 25 de outubro de 2006, medicamento para portadores de cardiopatia congênita em 15 de setembro de 2006, medicamento para portador de artrite em 5 de julho de 2006, medicamento para pré-leucemia em primeiro de junho de 2006, medicamento para doença de Crohn, em 11 de maio de 2006, medicamento para portador de neoplasia cerebral, em 16 de março de 2006 – têm adotado uma postura de ruptura com o princípio da isonomia entre os cidadãos brasileiros.

Muito embora os tribunais reconheçam a chamada *insindicabilidade do mérito do ato administrativo*⁵ – especialmente ao revisar resultados de provas em concursos públicos – não se intimidam ao atuar em áreas afetas a critérios essencialmente técnicos do Poder Executivo e do Conselho Nacional de Saúde, quando se trata de determinar aquisição de medicamentos de alto custo e realização de cirurgias não previstas nas tabelas do SUS.

Ao concederem medidas de cunho satisfativo – seja em sede de ações individuais, como nas coletivas – na área da saúde, têm obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente sucumbirão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a administração pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o saudável procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros.

Enfim, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado, de uma maneira geral, uma postura ativista, sob o influxo de densificar princípios inscritos de forma abstrata na Constituição Federal de 1988. Desse modo, concretiza direitos sociais como o direito à saúde e o direito à educação, fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas em desfavor do poder público, o qual está atrelado à Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano anterior⁶.

⁵ Sobre o tema, ver Pizzolatti (2001).

⁶ No ano de 2006, por exemplo, foram destinados cerca de 40 bilhões de reais na lei orçamentária anual aprovada no ano anterior (2005) para o setor de saúde no Brasil, a qual é prestada à população através de instituições públicas e de forma complementar por hospitais, clínicas e profissionais privados (credenciados ao SUS).

Ao apreciar um pedido de liminar formulado em uma ação coletiva ou mesmo individual, raramente o juiz do caso ouve, previamente, o poder público, pois age – no mais das vezes, sob o influxo da estrita urgência. Ao deferir a liminar que determina a compra imediata do medicamento não previsto nas tabelas técnicas do SUS também não existe uma preocupação acerca de que maneira o gestor público irá cumprir a decisão. O juiz, na maior parte dos casos, limita-se a cominar pena de multa ou mesmo sanções de natureza criminal para o caso de eventual descumprimento da decisão judicial, mas em momento algum diz de que forma a decisão será cumprida.

Essa postura cria dois problemas de grande importância. O primeiro a partir do princípio da separação entre os Poderes da República, na medida em que o juiz passa a complementar e substituir tabelas técnicas produzidas pelo Conselho Nacional de Saúde e pelos técnicos do SUS a partir do que é pedido na inicial. Essa conduta acaba por, invariavelmente, representando invasão de competência afeta ao Poder Executivo, o qual tem o dever de criar e executar as políticas públicas para o setor. Temos, por conseguinte, juízes não-eleitos pelo voto direto das comunidades atingidas ditando aos representantes eleitos (prefeito, governador, presidente da República) quais são as políticas que têm prioridade. Trata-se de tema afeto à legitimidade da atuação judicial.

O segundo problema, não menos importante que o do déficit democrático, consiste na própria legalidade da medida, uma vez que os valores que farão frente às novas despesas geradas pela decisão judicial não foram previstos na Lei Orçamentária Anual, de maneira que recursos da saúde, já previamente existentes, terão de ser realocados em favor dessa nova despesa. Isso implica afirmar que se uma decisão judicial determina a aquisição de medicamento de alto custo para todo um estado da federação, atingindo um determinado número de pessoas doentes, outros tantos serão fatalmente prejudicados, com evidente quebra do princípio da isonomia entre os cidadãos⁷.

Medicamentos especiais de alto custo são produzidos para atingir pequena parcela do mercado consumidor. Os laboratórios teriam prejuízo caso o Estado brasileiro não se dispusesse a adquiri-los, dados os custos de pesquisa envolvidos. Nessa medida, sua aquisição fica condicionada, pelos técnicos do SUS, à comprovação de sua eficácia em larga escala, bem como a disponibilidade financeira em relação a outras endemias. A escolha entre a aquisição de medicamentos para combate à tuberculose em vez dos de combate à hipertensão arterial compete ao administrador público e não ao juiz da causa.

⁷ Sobre o tema, ver Sunstein e Holmes (1999).

O que tem ocorrido é o inverso, na medida em que as partes ou o Ministério Público buscam a aquisição imediata de medicamentos ou realização de cirurgia de alto custo, a partir daquele princípio que mencionei ao início da exposição, ou seja, do princípio do resgate. A vida e saúde humana a qualquer custo. Todos têm direito a uma ressonância magnética e a um transplante de fígado enquanto um direito subjetivo público amparado judicialmente em face do Estado brasileiro, o qual tem o dever de garantir as melhores condições técnicas do berço ao túmulo.

Trata-se, por conseguinte, de um equívoco na aplicação do que Aristóteles (1992) chamava de *justiça distributiva*, na medida em que acaba promovendo a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo aos menos afortunados má-sorte de não estarem judicialmente representados. Se os recursos são escassos e os medicamentos têm alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos que acabará por prejudicar os menos afortunados na sociedade. Afecções que já se julgavam definitivamente debeladas no século XII, como dengue, malária e tuberculose, vitimarão milhares e talvez milhões de cidadãos, mas alguns poucos serão poupados porque tiveram a representação judicial adequada.

Em data recente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em duas decisões distintas, contemplou, inclusive, o direito fundamental de estrangeiros. No dia 21 de agosto, foi deferida liminar em favor de cidadã argentina, residente no Brasil desde o ano de 2003, determinando-se à União, ao Estado de Santa Catarina e ao município de Florianópolis, a imediata aquisição e fornecimento de medicamento especial contra câncer de mama. Já na data de primeiro de setembro de 2006, o mesmo tribunal determinou que o Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná providenciasse imediato transplante de medula óssea em favor de cidadão paraguaio, sob o argumento de que esse tratamento não é fornecido pelo Estado no Paraguai⁸. Esses dois precedentes, inclusive, abrem margem à real possibilidade de uma imediata migração de pacientes egressos de países vizinhos, como Paraguai e Argentina, em verdadeiro turismo médico rumo aos hospitais brasileiros.

Finalmente, para os que acreditam que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou, efetivamente, a posição mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais, cumpre lembrar que em todos os julgamentos, todos os ministros do STF – exceção feita ao ministro Lewandowski, que ainda não se pronunciou sobre o assunto – referem como fonte de jurisprudência um acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello datado de 2 de agosto de 2000⁹.

⁸ Ambas as decisões estão publicadas no site de notícias do Tribunal Regional Federal na 4ª Região.

⁹ Recurso Extraordinário nº 267.612-RS, o qual consta, na íntegra, de Appio (2004).

Esse acórdão não se ampara na idéia (hoje já fortemente consolidada na jurisprudência) de que o juiz pode fazer derivar direitos sociais dos princípios inscritos na Constituição de 1988. Muito ao contrário. Faz referência explícita à existência de três leis estaduais do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰, as quais definem os medicamentos que o Estado do Rio Grande do Sul deve fornecer, gratuitamente, aos portadores do vírus da Aids. Dessa maneira, há referência (implícita) ao fato de que somente a lei aprovada pela casa legislativa competente pode fazer surgir obrigações em desfavor do poder público, o que deita por terra a frágil doutrina da existência de um direito subjetivo público na ausência de lei.

Bem por isso as decisões judiciais que fazem expressa referência a esse acórdão, como fonte de jurisprudência, estão, em realidade, alimentando a doutrina adversa, ou seja, aquela que preconiza o respeito pelo espaço definido em favor do Poder Executivo e os limites impostos ao Poder Judiciário em uma democracia.

Referências bibliográficas

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução Mário Kury. Brasília: UnB, 1992.

CANOTILHO, Gomes. Tribunal Constitucional, jurisprudências e políticas públicas. In: *XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal*. Lisboa. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/discurso_gomescanotilho.htm>. Acesso em: 10 jul. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

PIZZOLATTI, Rômulo. *O controle judicial do mérito da atividade administrativa*. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

¹⁰ O acórdão faz referência às Leis estaduais (RS)nº 9.908/83, nº 9.828/93 e nº 10.529/95.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.